

Centro Studi

Diritto *Avanzato*

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Domanda di adempimento contrattuale e domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata in via subordinata con la prima memoria ex art. 183 c.p.c.: ammissibilità

Nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'[art. 183, comma 6, c.p.c.](#), qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

NDR: in tal senso [Cass. SU n. 22404 del 13/09/2018](#).

Tribunale di Bari, sentenza del 20.2.2019

...omissis...

Con atto di citazione notificato in data 14.03.2014 *omissis* conveniva in giudizio i fratelli *omissis* Mi. dinanzi al Tribunale di Roma per ivi sentir dichiarare risolto ex art. 1454 c.c. il contratto di mutuo intercorso tra le parti il 13 aprile 2010 e così

domandando la loro condanna alla restituzione, in proprio favore, della somma di Euro 150.000,00 originariamente mutuata a *omissis* con la garanzia fideiussoria personale del *omissis*, oltre che la condanna di costoro al risarcimento del danno - quantificato in misura corrispondente agli interessi convenzionali pattuiti nella misura del 4% annuo sulla sorte capitale - e del maggior danno - quantificato invece nella somma corrispondente alla rivalutazione monetaria della medesima sorte capitale. Contestualmente, l'attrice spiegava altresì richiesta ex art. 186 ter c.p.c. per l'emissione di ordinanza ingiuntiva di pagamento.

All'udienza di prima comparizione delle parti del 02.10.2014 si costituiva in giudizio unicamente il solo *omissis* il quale contestava integralmente le deduzioni e domande attoree, opponendosi altresì alla richiesta di emissione di ordinanza ex art. 186-ter c.p.c. Rimaneva invece contumace *omissis*, in quanto emigrato in Argentina già in epoca anteriore alla notifica dell'atto di citazione introduttivo, come da documentazione versata in atti in prima udienza dalla difesa del convenuto costituito. Concessi i termini ex art. 183 comma VI c.p.c. il giudice precedente riservava la decisione sull'ammissione dei mezzi istruttori e sull'istanza attorea ex art. 186 ter c.p.c. e, all'esito, rigettava ogni istanza con ordinanza del 16.06.2015 mediante la quale disponeva altresì rinvio per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 15.03.2017.

Nel frattempo, stante la rinuncia al mandato del precedente difensore, si costituiva per *omissis* l'Avv. *omissis*, il quale in data 24.03.2016 depositava ricorso per sequestro conservativo in corso di causa ex art. 671 c.p.c., successivamente notificato in uno con pedissequo decreto di fissazione d'udienza del 22.09.2016. Rigettate le ulteriori istanze dell'attrice la causa veniva ulteriormente rinviata per la precisazione delle conclusioni e quindi trattenuta definitivamente in decisione.

omissis La ricostruzione dei fatti proposta dal convenuto e poco sopra riassunta appare del tutto verosimile, potendo effettivamente il collegamento negoziale realizzato fra le parti configurarsi alla stregua di un aggiramento del divieto di patto commissorio. Non osta a ciò la circostanza che i negozi (il mutuo e il rilascio della procura a vendere) non fossero contestuali ma differissero di qualche giorno. Come sottolinea lo stesso legislatore, il patto vietato può essere sia contestuale sia successivo alla costituzione del diritto reale di garanzia. Secondo la migliore dottrina e parte della giurisprudenza di legittimità che, questo magistrato condivide, il divieto di patto commissorio dovrebbe estendersi anche al patto stipulato tra il creditore e un terzo, nonché a quello avente per oggetto non il trasferimento della proprietà, ma l'obbligo di trasferirla (nel senso dell'estensione cfr. Cass., 28 giugno 2006, n. 14903). Secondo la giurisprudenza la disciplina del patto non varrebbe solo nel caso del trasferimento della proprietà, ma anche nell'ipotesi del trasferimento di altro diritto reale. Come pure sarebbe estensibile in presenza di negozi tra loro collegati.

L'ipotesi del rilascio della procura a vendere l'immobile o la cosa mobile data in ipoteca o pegno costituisce un caso di scuola di patto commissorio ma nel presente caso il medesimo effetto giuridico poteva essere conseguito mediante il rilascio al creditore della procura a vendere le azioni della società che sarebbe divenuta proprietaria dell'immobile acquistato mediante la cessione della somma mutuata, cosicché la creditrice ove rimasta insoddisfatta avrebbe in ogni momento potuto riconquistare la somma mediante liquidazione dell'immobile.

Secondo la Suprema Corte, infatti, incorre nella sanzione della nullità per violazione del divieto del patto commissorio posto dall'art. 2744 cod. civ. la convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene ed il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene al creditore - acquirente nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore - venditore. L'art. 2744 cod. civ. costituisce infatti una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia

sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore (Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611). Detta norma esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della par condicio creditorum. È tale risultato che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati: con la conseguenza che, ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, manca la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita e si realizza proprio il negozio vietato dalla legge (Cass., Sez. 2, 8 febbraio 2007, n. 2725; Cass., Sez. 2, 12 gennaio 2009, n. 437; Cass., Sez. 2, 10 marzo 2011, n. 5740).

Perché la vendita realizzi una forma di garanzia impropria occorre quindi, tra l'altro, l'esistenza di una situazione di debito del venditore nei confronti dell'acquirente, preesistente o coeva alla vendita, cosa che in questo caso si è puntualmente verificata mediante la stipulazione del contratto di mutuo. Individuata la realizzazione di un collegamento negoziale, deve rilevarsi che alla nullità della procura a vendere rilasciata in violazione del divieto del patto commissorio segue altresì l'invalidità del contratto di mutuo (Tribunale Faenza, 13 Agosto 2013) e della fideiussione rilasciata da *omissis* stante la natura accessoria di quest'ultima.

A fronte dell'incontestato trasferimento di denaro in virtù di una pattuizione illecita, è possibile tuttavia accogliere la domanda riconvenzionale di arricchimento senza causa introdotta dall'attrice con la prima memoria ex art. 183, 6° comma c.p.c. alla luce del recente arresto delle Sezioni Unite secondo cui "nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta (Sezunte, Sentenza n. 22404 del 13/09/2018).

Le spese del procedimento stante la soccombenza reciproca possono andare compensate.

PQM

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando nel contraddittorio tra le parti, ogni contraria istanza, eccezione e difesa respinte: dichiara la nullità del contratto *omissis* e dell'annessa fideiussione; dichiara la nullità della procura a vendere rilasciata a *omissis* mediante scrittura privata *omissis*; condanna *omissis* al pagamento in favore di *omissis* della somma *omissis* oltre interessi legali dalla data del pagamento.